

LA DIRECTIVE 2008/52/CE : POURQUOI ? COMMENT AMÉLIORER SON CHAMP D'APPLICATION ? LE DROIT COLLABORATIF, UNE DES SOLUTIONS POSSIBLES ?

*Dr. Paola Cecchi Dimeglio**

Résumé	55
Introduction	57
I. La raison d'être de la Directive 2008/52/CE.	60
A. Certaines caractéristiques essentielles de la médiation.	61
B. D'une volonté politique et institutionnelle à une volonté d'application	65
II. Propositions visant à améliorer la Directive 2008/52/CE	68
A. Proposition relative à la clarification et révision de certains articles de la Directive	69
B. Proposition d'adjonction du processus de « Collaborative Lawyering » au processus de médiation	72
Conclusion	75

* Paola Cecchi Dimeglio (Ph.D., LL.M., Magistère-DJCE) avocate-médiatrice et chercheuse au sein du Programme en Négociation (PON) à l'Université de Droit de Harvard (US). Elle est chercheuse associée à l'université de UC Hastings College of the Law et au sein du Gould Center à l'Université de Stanford (U.S). Elle est co-chairman du comité international sur le 'Future of Alternative Dispute Resolution' au sein du American Bar Association (ABA). L'auteure remercie Gary Friedman (Co-fondateur et co-directeur de The center for Understanding Conflict and the Center for Mediation) et Judge Daniel Weinstein (Co-fondateur du JAMS) pour leur aide et leur soutien.

La Directive 2008/52/CE : Pourquoi ? Comment améliorer son champ d'application ? Le droit collaboratif, une des solutions possibles ?

Dr. Paola Cecchi Dimeglio

Résumé

Cet article examine la Directive 2008/52/CE portant « sur certains aspects de la médiation civile et commerciale ». Il a pour objectif de présenter des lignes de réflexions et de propositions sur les questions « Pourquoi ? », « Quel est le chemin menant à son adoption ? », « Comment améliorer son champ d'application ? » et « Le droit collaboratif est-il un mécanisme à adjoindre afin de l'améliorer ? ».

Il contribue à mieux appréhender l'importance de la médiation tout en permettant de situer la directive en droit européen. Il présente et met en exergue des points de faiblesses qui pourraient en limiter son application. Il expose deux propositions visant à améliorer son effet à court et long terme : d'une part, la clarification et la révision de certains articles et d'autre part, comme pendant à cette directive, l'adjonction du processus de « Collaborative Lawyering ».

Introduction

Traditionnellement, la doctrine relative aux situations conflictuelles embrasse le concept selon lequel le conflit est un phénomène « dysfonctionnel ». C'est-à-dire que le conflit entraîne une dégénération de la relation entre les parties et emporte inévitablement un dommage direct et indirect à l'égard des parties¹. Pendant longtemps cette approche a prévalu tant dans les pays de droit civil que dans les pays de droit Anglo-Américain. Cependant, une partie de la doctrine contemporaine perçoit le conflit comme un phénomène « fonctionnel », offrant une nouvelle dynamique aux relations entre les parties².

Dans cette optique, depuis environ 20 ans, un intérêt certain s'est porté sur la promotion d'une justice informelle permettant de promouvoir le conflit comme un phénomène « fonctionnel ». Ce développement a été réalisé sous l'impulsion de Modes Alternatifs de Résolution de Conflit ou de Litige (connu sous les acronymes M.A.R.C. ou M.A.R.L.)³. L'ob-

1. L.R. Pondy, « Organizational Conflict: Concepts and Models » (1967) 12 *Administrative Science Quarterly* 296-320; K.W. Thomas, « Conflict and Negotiation Processes in Organizations », dans M.D. Dunnette et L.M. Hough, éd., *Handbook of Industrial and Organizational Psychology*, Palo Alto, Consulting Psychologists Press, 1992; M.R. Clark et A.E. Boardman, *Group Decision Making Effectiveness: The Effect of Conflict*, 16th Annual IACM Conference Melbourne, 2003, disponible sur : <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm ?abstract_id=40112>. À paraître P. Cecchi Dimeglio, *Franchising Internationales et Alliances Stratégiques*, Bruxelles, Larcier, 2011.
2. R.A. Cosier et D.R. Dalton, « Positive Effects of Conflict: A field Assessment » (1990) 1 *International Journal of Conflict Management* 81-92; R.A. Baron, « Positive Effects of Conflict : A Cognitive Perspective » (1991) 4(1) *Employee Responsibilities & Rights Journal* 25-36; D. Tjosvold, *The Conflict Positive Organization: Stimulate Diversity and Create Unity*, Reading, Addison-Wesley, 1991; S.P. Robbins, *Managing Organizational Conflict: A Non-Traditional Approach*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1974 ; S.P. Robbins, « Conflict Management and Conflict Resolution are not Synonymous Terms » (1978) 21 *California Management Review* 67-75.
3. J.T. Barrett et J.P. Barrett, *A History of Alternate Dispute Resolution, The Story of a Political, Cultural and Social Movement*, San Francisco, Jossey-Bass, 2004; John W. Burton, « Conflict Resolution as a Political Philosophy » dans D.J.D. Sandole et H. van der Merwe, éd., *Conflict Resolution Theory and Practice*, Manchester University Press, 1993; Ch. Jarrosson, *Les modes alternatifs de règlement des conflits, Présentation générale*, R.I.D.C., 2/1997, p. 325-329; P. Chevalier, *Les Modes Alternatifs de*

jectif de ces mécanismes est de résoudre les situations conflictuelles de la façon la plus efficace possible, afin que les critères d'efficacité, de rentabilité et de durabilité tant au niveau de la solution que du coût financier, humain et temporel soient optimisés. En Europe, plusieurs mécanismes allant dans ce sens ont été utilisés comme la conciliation, l'arbitrage ou la médiation. Le recours à la médiation a progressivement gagné du terrain dans divers domaines juridiques tels que le droit pénal, le droit familial ou le droit du travail. Il s'est aussi mis en place au sein des relations commerciales.

La médiation s'est réellement développée aux États-Unis au cours des années 1960, dans un contexte issu de la common law et dans le respect d'un esprit pragmatique. Elle a été importée en Europe dans les années 1970 via le Québec⁴. Son développement européen s'est fait dans un cadre juridique unique, original et adapté à la culture de droit civil. Cet outil juridique a évolué dans une logique de « complémentarité » du système juridique déjà existant⁵. Le mécanisme de médiation s'est développé et adapté à côté d'autres mécanismes tel que l'arbitrage et la conciliation déjà présents au sein des systèmes juridiques des pays de droit civil. Il n'a en aucun cas fait l'objet d'une transposition de logique de justice « alternative » nécessaire pour résoudre les conflits comme cela peut être le cas dans les pays anglo-saxons⁶. En l'espèce, la notion d'alternative semble inappropriée car elle induit un critère qualitatif de justice. Il est donc plus approprié d'appréhender le processus de médiation comme « Mécanisme Complémentaire de Résolution des Conflits ou des Litiges » (M.C.R.C. ou M.C.R.L.).

Règlement des Litiges : les Voies Nouvelles d'une Autre Justice, Paris, La Documentation française, 2003.

4. E.D Dauer, *Manual of Dispute Resolution: ADR Law and Practice*, McGraw-Hill, Inc., 1994; S.B. Goldberg; N.H. Rogers et F.E.A. Sander, *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and other Processes*, Aspen Publishers, 1999; A. Lyon-Caen, *Les Modes Alternatifs de Règlements des Litiges*, Les Petites Affiches, n° 213, 25/10/2000, p. 54-57. P. Bouchet, *Rapport de la Commission de Réforme de l'Accès au Droit et à la Justice*, Paris, La Documentation française, 2001.
5. Étymologiquement, le terme de « Complémentarité » est issu du terme latin « Complementum », « Complever », c'est-à-dire accomplir quelque chose. En d'autres termes, remplir une mission précise qui complète un système qui n'était pas parfait et qui tend à le devenir par son adjonction. C'est cette idée qui nous semble plus appropriée car ce concept respecte l'idée sous-tendue d'un système qui n'est pas inerte et qui évolue. Voir également, en ce sens, B. Lasserre, *La Médiation : Au-Delà de l'Alternative, la Complémentarité*, Lettre de l'OCED, n° 26, 05/2005; J. Timsit, *La Médiation : une Alternative à la Justice et non à une Justice Alternative*, Gazette du Palais, n° 15, 11/ 2001, p. 53.
6. Étymologiquement, le terme de « Alternative » est issu du terme latin « alter », signifiant « autre ». C'est-à-dire qu'il pourra être proposé à la place d'un système et éventuellement le remplacé.

La promotion de la médiation s'explique par les différents avantages qu'elle propose. D'un point de vue financier, cette méthode a pour principal effet d'offrir une plus grande rapidité dans le traitement des litiges avec un coût inférieur à celui d'une action en justice traditionnelle ou à celle d'une procédure arbitrale. D'autre part, ce processus permet de satisfaire les intérêts et les attentes tant au niveau processuel que relationnel des parties. Du point de vue processuel, l'implication volontaire des parties dans la recherche d'un règlement du litige leur permet une garantie efficace de confidentialité par rapport au « cœur » du litige. Du point de vue relationnel, elle permet leur implication dans la recherche d'une solution qui leur convienne et qui n'est en aucun cas imposée par un tiers. La recherche de la solution dans ce cas respecte les quatre éléments fondamentaux (équité, justesse, transparence et confidentialité) constituant le concept de justice⁷. Ce mécanisme permet par l'intervention et l'assistance d'un tiers, à deux ou plusieurs parties à un litige, de les aider à trouver une solution, sans jamais l'imposer⁸. Il offre aux parties la véritable possibilité de contrôler la procédure et la solution retenue. Ces deux caractéristiques qui en font sa principale particularité, contribuent surtout à en faire sa force.

À cet égard, depuis plus de dix ans, une volonté politique et institutionnelle européenne s'est manifestée afin de favoriser l'impulsion des M.C.R.C. L'apogée de cette volonté s'est exprimée par l'adoption de la Directive 2008/52/CE portant « sur certains aspects de la médiation civile et commerciale »⁹. Cette Directive est entrée en vigueur le 13 juin

-
7. J. Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971.
 8. J. Thibault and L. Walker *Procedural justice: A Psychological Analysis*, Erlbaum, Hillsdale, 1975; T.R. Tyler, « Social Justice: Outcome and Procedure » (2000) 35 *International Journal of Psychology* 117-125; T.R. Tyler, « Procedural Strategies for Gaining Deference: Increasing Social Harmony or Creating False Consciousness » dans J.M. Darley, D. M. Messick, et T.R. Tyler, éd., *Social Influences on Ethical Behavior in Organizations*, Lawrence Erlbaum Associates, Publishers, 2001; T.R. Tyler, « The Relationship of the Outcome and Procedural Fairness: How Does Knowing the Outcome Influence Judgments About the Procedure » (1996) 9 *Social Justice Research* 311-325; P. Chevalier, Y. Desdevises et P. Milburn, *Les Modes Alternatifs de Règlement des Litiges : les Voies Nouvelles d'une Autre Justice*, Paris, La documentation Française, 2003; A. Lyon-Caen, *Les Modes Alternatifs de Règlement des Litiges, Les Nouveaux Enjeux de la Justice*, Association Droit et Démocratie, Sénat, 31 mars 2000, Les Petites Affiches, 25/10/ 2000, n° 213, p. 54-57.
 9. K. Kressel et D.G. Pruitt, *Themes in the Mediation of Social Conflict*, (1985) 41 *Journal of Social Issues* 179-198; K. Kressel et D.G. Pruitt, « Conclusion: A Research Perspective on the Mediation of Social Conflict » dans K. Kressel, D.G. Pruitt & Associates, éd., *Mediation Research*, San Francisco, Jossey-Bass, 1989; J.-P. Bonafé-Schmitt, *La médiation, une justice douce*, Paris, Syros, 1992.

2008. Les pays membres ont jusqu'au 21 mai 2011 pour la transposer et mettre en application les mesures qu'elle prévoit¹⁰.

L'objectif de cet article est de mieux comprendre la raison d'être de la Directive 2008/52/CE portant « sur certains aspects de la médiation civile et commerciale » (I). Dans cette optique, nous analyserons certaines caractéristiques essentielles de la médiation (A), puis nous nous pencherons sur les prémisses de ce cadre juridique européen, qui ont permis sa mise en place (B). Nous observons aussi que malgré des efforts communs, l'outil clé mis en place comporte des points de faiblesses qui en amoindrissent son application. À cet égard, nous ferons deux propositions relatives à son amélioration (II). Tout d'abord, nous préconisons la clarification et la révision de certains articles afin de valoriser l'impact de la Directive (A). Puis, nous proposons l'adjonction du processus de « Collaborative Lawyering » afin de compléter le processus de médiation et de l'optimiser (B).

I. La raison d'être de la Directive 2008/52/CE

La littérature relative à la théorie du conflit et plus particulièrement à la structure du processus du conflit permet de pressentir des pistes de solutions. Même si le conflit ne peut être évité, la technique de la médiation a été éprouvée et permet dans de nombreux cas de résoudre de façon optimale les situations conflictuelles¹¹. Ce processus a déjà fait ses preuves chez divers de nos voisins tant lointains comme les États-Unis et le Canada que chez nos voisins européens comme les Pays-Bas et l'Allemagne¹². Il favorise une optimisation au niveau structurel, processuel et relationnel de la situation source de conflit (A).

10. Une Directive est un acte juridique européen pris par le Conseil de l'Union européenne avec le Parlement ou seul dans certains les cas. L'article 288 du TFUE dispose que « la directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre tout en laissant aux instances nationales le choix quant à la forme et aux moyens » pour atteindre cet objectif dans les délais fixés par elle. Les États membres sont soumis à une obligation de résultat quant à la transposition de cet acte juridique dans leur droit national. La non-transposition de cette dernière peut faire l'objet d'une procédure de manquement devant la Cour de justice de l'Union européenne. De plus, les États membres ont le devoir d'informer la Commission sur les mesures prises pour l'application de la Directive.

11. Nous noterons que Les États membres doivent fournir des informations relatives aux obligations prévues par l'article 10 de la Directive 2008/52/CE relatif aux Informations sur les autorités et les juridictions compétentes à une date plus avancée (21 novembre 2010). Cette mise en œuvre anticipée permet à la Commission de rendre publiques ces informations et « faciliter ainsi l'accès des citoyens et des entreprises à la médiation ».

12. L. Susskind, « Activist Mediation and Public Disputes » dans J. Forester, D.M. Kolb & Associates, éd., *When Talk Works: Profiles of Mediators*, San Francisco, Jossey

Dans cet esprit, les instances européennes ont intégré dans l'environnement juridique européen la promotion des « Modes Complémentaires de Résolution des Conflits » et plus particulièrement celui de la médiation. Les citoyens opteront d'autant plus facilement pour ce mécanisme qu'il est supporté par des normes législatives motivant les parties à y avoir recours. L'essor de la médiation en Europe est porté par une volonté politique et institutionnelle qui a permis la naissance de la Directive 2008/52/CE « portant sur certains aspects de la médiation civile et commerciale » (B).

A. Certaines caractéristiques essentielles de la médiation

Tout d'abord, les théories de choix rationnels nous offrent les bases pour comprendre les caractéristiques structurelles de la médiation. Elles nous éclairent sur le comportement d'un individu lors d'une situation conflictuelle et nous permettent de comprendre quelle attitude il adoptera face aux différentes alternatives se présentant à lui. Il analysera les différents résultats possibles en fonction des choix qu'il fera pour solutionner son litige. Deux types de possibilités se présentent à lui, soit rester dans la situation de conflit telle qu'elle est et avoir recours aux mécanismes traditionnels de justice, soit opter pour le processus de médiation avec les résultats potentiels qu'il pourra offrir. L'analyse de la situation est basée sur une liste formelle et/ou informelle de points référents liés à cette situation. Chacun de ces points est interdépendant, lié à l'autre partie et variera en fonction des choix faits par chacun¹³.

Les parties procèdent à une analyse potentielle entre les gains et les pertes individuelles possibles et réagissent de façon à influencer le comportement ou le choix de l'autre partie. C'est à travers les croyances des individus quant aux avantages et désavantages, quant aux bienfaits ou non d'avoir recours à la médiation pour résoudre leur conflit que les parties décideront et choisiront leur solution. Si la balance des gains nets

Bass, 1994; A. Kupfer-Schneider, *Mediation : Practice, Policy, and Ethics*. Aspen Publishers, 2006; L.L. Riskin, « Understanding Mediator Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed » (1996) 7 *Harvard Negotiation Law Review* 25-35; B. Gorchs, *Médiation et Conciliation dans les Différents Systèmes Judiciaires Européens, Discours de Synthèse Général*, Actes du Colloque de Grenoble du 2 juin 2005, Les Petites Affiches, n° 245, 9/12/2005; G. Canivet, *La Médiation comme Mode de Résolution des Conflits dans la Vie des Affaires*, Les Petites Affiches, n° 138, 13/07/1999.

13. B. Brenneur, *Panorama de la Médiation en Europe*, Harmathan, 2010; J.-F. Roberge, *La Médiation Judiciaire « Innovante » Peut-elle Améliorer le Système ? Synthèse et analyse des réponses de la communauté juridique canadienne*, Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke, Le droit à l'épreuve des paradigmes, juillet 2007, p. 165-180.

offerts par la médiation fait apparaître la potentialité pour ceux-ci d'être supérieurs aux gains nets susceptibles d'être proposé par le système juridique traditionnel, les parties opteront pour la médiation. Si l'analyse se révèle positive, les parties utiliseront cet outil pour servir leurs intérêts afin de maximaliser leurs gains potentiels. Par contre, si l'analyse se révèle négative, les parties refuseront de rentrer dans ce processus pour solutionner leur conflit et se retourneront vers des processus plus traditionnels.

En effet, il faut savoir que si les points de références sont multiples et variés pour chacune des parties, les recherches menées en médiation ont permis d'en dégager quatre, favorisant le recours à ce processus.

- 1) L'intérêt pour une relation à long terme.
- 2) Les avantages financiers qu'il y a à résoudre le conflit à moindre coût et finalement obtenir une meilleure solution au litige que par le recours au système traditionnel¹⁴.
- 3) L'influence positive ou négative d'autres personnes de l'entourage (collègues, subordonnés ou supérieurs hiérarchiques)¹⁵.
- 4) L'influence des normes juridiques favorisant son utilisation¹⁶.

La littérature relative à la théorie du conflit et des choix rationnels a permis d'établir le lien nécessaire entre ces quatre points clés référents et l'environnement du système juridique. Si l'intérêt de la médiation est méconnu ou mal connu et que le contexte juridique ne l'encourage pas et

14. En effet, les théories des choix rationnels nous permettent d'établir la structure des points référentiels lorsque les parties ont recours au processus de médiation. Les valeurs individuelles sont en forme concave s'il y existe une possible réalisation de gains et convexes s'il existe une possibilité de pertes. D. Kahneman et A. Tversky, *On the Psychology of Prediction*, (1973) 80 *Psychological Review* 237-251; D. Kahneman et A. Tversky, « Prospect Theory : An Analysis of Decision Under Risk », (1979) 47 *Econometrica* 263-291; M. Dorian-Duban, B. Deffains, *Approche Économique Comparée du Comportement des Parties lors des Procédures Alternatives aux Jugements*, *Économie Appliquée*, 2001, p. 75-106; B. Deffains, « L'Analyse Économique de la Résolution des Conflits Juridiques » (1997) 12 (3) *Revue française d'économie* 57-99.

15. R. Fisher, W. Ury, *Getting to Yes : Negotiating Agreement Without Giving*, New York, Penguin Books, 1991; J.M. Zubek, D.G. Pruitt, R.S. Peirce, N.B. McGillicuddy et H. Syna, « Disputant and Mediator Behaviors Affecting Short-Term Success in Mediation » (1992) 36 (3) *Journal of Conflict Management* 546-572.

16. *Ibid.* R. Fisher, W. Ury (1991).

ne l'impose pas d'une manière ou d'une autre, les parties seront moins capables d'y avoir recours¹⁷. À l'opposé, si le système juridique environnemental promeut ce mécanisme, les parties opteront plus facilement pour celui-ci que pour le système traditionnel. Par conséquent, la culture juridique d'un pays ou d'un environnement juridique (européen) se doit de produire et de supporter des normes qui influenceront les parties à choisir d'avoir recours à la médiation.

Du point de vue processuel et relationnel, la médiation permet de toucher le cœur du conflit. Ce mécanisme permet d'extraire les forces positives d'une situation conflictuelle afin de (re)construire un équilibre grâce à l'action volontaire des parties qui contrôlent le processus et la solution¹⁸. Très souvent la nature du conflit est comparée à la nature de l'eau. En effet, le conflit en lui-même ne peut pas être qualifié de positif ou négatif bien que ces deux aspects constitutifs semblent nécessaires à la survie de l'humain. Il est vrai qu'un excès ou une limitation de l'un ou de l'autre puisse en limiter la force que l'on peut en extraire^{19,20}.

En accord avec ce postulat, dès 1954, Guetzkow et Gyr ont suggéré deux dimensions basiques constitutives du conflit qui sont aujourd'hui largement reconnues²¹. La première dimension est relative à la substantialité de l'application ou l'applicabilité du droit c'est-à-dire une action matérielle, plus ou moins tangible de faire ou non quelque chose, la seconde est relative aux émotions²². En conséquence, si les dimensions du conflit sont utilisées positivement et managées, elles peuvent

-
17. D.A. Gaschen, « Mandatory Custody Mediation: The Debate over its Usefulness Continues », (1995) 10 Ohio State Journal on Dispute Resolution 469-90.
 18. J.A. Jr. Wall et A. Lynn, « Mediation : A Current Review » (1993) 37 Journal of Conflict Resolution 160-194.
 19. W.L. Ury, J.M. Brett et S.B. Goldberg, « Designing Systems for Resolving Disputes in Organizations » (1990) 45(2) American Psychologist 162-170; P. Milburn, *La Médiation : Expériences et Compétences*, coll. « Alternatives sociales », Paris, La Découverte, 2002; P. Cecchi Dimeglio, *Cultural Issues and Implications for Systems Design Practitioners and Scholars*, TISCO Conference, Tilburg University, Tilburg, Netherlands, 2009.
 20. K. Coser, *The Functions of Social Conflict*, Glencoe, Free Press, 1956; J.W. Burton, « Conflict Resolution as a Political Philosophy » dans D.J.D. Sandole et H. van der Merwe, éd., *Conflict Resolution Theory and Practice*, Manchester University Press, 1993; D.J.D. Sandole, « Paradigm, Theories, and Metaphors in Conflict and Conflict Resolution : Coherence or Confusion ? » dans D.J.D. Sandole et H. van der Merwe, éd., *Conflict Resolution Theory and Practice*, Manchester University Press, 1993.
 21. H. Guetzkow et J. Gyr, « An Analysis of Conflict in Decision-Making Groups » (1954) 7 Human Relations 367-381; R.L. Pinkley, « Dimensions of Conflict Frame: Disputant Interpretations of Conflict » (1990) 75(2) Journal of Applied Psychology 117-126.
 22. *Ibid.* H. Guetzkow et J. Gyr (1954).

permettre de résoudre cette situation avec efficacité et sans heurt²³. Les recherches psychosociologiques menées en relation avec la théorie du conflit, nous ont permis de révéler l'importance de la communication entre les acteurs, parties au conflit. Le rôle des émotions est prégnant dans les situations conflictuelles et leurs influences sur le processus et les résultats de médiation sont fortement reconnus²⁴. Durant les situations conflictuelles, les parties peuvent être submergées par différents sentiments tels que la colère, la haine, le ressentiment ou la peur. Ces dernières varient au gré des interactions entre les parties. En d'autres termes, la raison ne gouverne plus les pensées²⁵. Les actions et les actes des parties deviennent irrationnels. Ils ne sont plus à l'écoute de l'autre partie, et ne prennent plus en compte les différents points de vue²⁶. Ces débordements émotionnels conduisent à des impasses et aggravent les situations conflictuelles. Le recours à la médiation permet aux parties de s'adapter au cycle du conflit et permet de limiter l'irrationalité des parties en mettant en perspective leur point de désaccord²⁷.

Dans ce contexte, le rôle du médiateur est de pouvoir différencier ces dimensions et d'aider les parties à trouver une solution adaptée pour chacune d'entre elles et choisie ensemble. La reconnaissance et la formulation du problème à ces deux niveaux sont utiles aux parties pour en favoriser la résolution²⁸. Les recherches menées sur le discours en médiation permettent d'établir que le discours du médiateur a un rôle clé

-
23. P. Cecchi Dimeglio, P. Kamminga et M. Schonewille, *Success Indicators for the Use of ADR to Make and Save International Business Deals in Europe*, American Bar Association, Alternative Dispute Resolution section, San Francisco, 2010.
 24. T.S. Jones, « Emotion in Mediation: Implications, Applications, Opportunities and Challenges » dans M. Herrman, *Blackwell Handbook of Mediation: Theory and Practice*, New York, Blackwell, 2005; J. Laplanche et J.-B. Pontalis, *Vocabulaire de la psychanalyse*, 1^{re} éd. 1967, Paris, P.U.F., 1998 ; J. Artaud, *L'Écoute, Attitudes et Techniques*, Paris, Jouvence, 2000; D.L. Shapiro, « Negotiating Emotions » (2002) 20(1) *Conflict Resolution Quarterly* 68-69.
 25. L. Thompson et J. Nadler, « Judgmental Biases in Conflict Resolution and How to Overcome Them » dans M. Deutsch et P.T. Coleman, *The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice*, San Francisco, Jossey-Bass Publishers, 2000.
 26. R. Fisher et D.L. Shapiro, *Beyond Reason: Using Emotions as You Negotiate*, New York, Viking, 2001; J.-F. Six, *Dynamique de la Médiation*, Paris, Desclée de Brouwer, 1995.
 27. P. Cecchi Dimeglio et P. Kamminga, « Des cultures différentes, Comment prévenir les conflits ? » dans S.F.S.P., Actes du colloque « Les nouvelles conventions partenariale en santé publique : les limites, les possibles, l'acceptable », 2010, p. 18-20.
 28. G.J. Friedman et J. Himmelstein, *Challenging Conflict Mediation through Understanding*, Chicago, ABA Section of Dispute Resolution, 2008; L.L. Putnam et G.T. Fairhurst, « Discourse Analysis in Organisations: Issues and Concerns » dans F.M. Jablin et L.L. Putnam, *The New Handbook of Organisational Communication: Advances in Theory, Research and Methods*, Sage, Thousand Oaks, 2001.

dans la guidance et l'interaction des parties vers un résultat satisfaisant²⁹. Le médiateur est la clé de voûte du système contribuant à la rencontre des parties et accentue le besoin de collaboration entre elles. Il cherche à (r)établir la communication, c'est-à-dire la proximité entre les opinions tout en minimisant les points de vue différents. En d'autres termes, sa fonction charnière est de reformuler les sujets de désaccords afin que les parties les comprennent avec leurs propres entendements. Les recherches menées sur les effets positifs de la médiation permettent d'établir les bienfaits d'une communication directe entre les parties qui favorise le renouement avec le désir de résoudre le conflit. Ainsi, la médiation en apportant un apaisement au niveau des ressentis permet de solutionner le conflit à tous les niveaux.

B. D'une volonté politique et institutionnelle à une volonté d'application

Henry Ward Beecher observe que les lois et les institutions sont en constante gravitation et en mouvement permanent³⁰ les unes par rapport aux autres. Comme pour une horloge, il faut regarder l'imperceptible mouvement des aiguilles et si l'on observe un dysfonctionnement dans le système, il est nécessaire de le nettoyer et de le remettre au temps réel³¹. Le système juridique européen nécessitait une adaptation aux besoins de la société contemporaine pour résoudre les situations conflictuelles. Il est en effet important d'offrir des mécanismes plus efficaces, plus transparents et plus démocratiques satisfaisant le besoin de justice des citoyens.

À cet égard, depuis plus de dix ans, une volonté politique en Europe³² s'est manifestée à plusieurs reprises de la part des chefs d'État et de gouvernement des États membres de promouvoir l'utilité et l'application de moyens « alternatifs » de règlement des litiges. Ils ont exprimé l'importance qu'ils accordent particulièrement à la médiation en impulsant son implantation au niveau communautaire et surtout législatif.

29. J.A. Wall, J.B. Stark et R.L. Standifer, « Mediation: A Current Review and Theory Development » (2001) 45(3) *Journal of Conflict Resolution* 370-391; P.J.D. Carnevale, « Strategic Choice in Mediation » (1986) 2 *Negotiation Journal* 41-56.

30. H.W. Beecher, *Life Thoughts*, Sheldon & Co., 1858.

31. *Ibid.* H.W. Beecher (1858).

32. Pour ne citer qu'un exemple parmi tant d'autres, nous noterons la volonté exprimée lors de la Réunion de Bruxelles – Laeken en décembre 2001, sur « l'importance de la prévention et de la résolution des conflits sociaux et surtout des conflits sociaux transnationaux, à l'aide des mécanismes volontaires de médiation ».

Cette démarche de promotion de la médiation se retrouve également au niveau des institutions Européennes. Le Conseil a favorisé la promotion de débats et réunions visant à faire connaître le recours à ces processus de gestion des conflits et principalement la médiation et à accroître leur utilisation. Aujourd'hui cet objectif est largement atteint. Des recommandations en ce sens ont été formulées et adoptées par le Comité des Ministres du Conseil de l'Union Européenne³³. La Commission Européenne a également inscrit la promotion de la médiation dans ses objectifs.

En effet, la recommandation 98/257/CEE adoptée par la Commission Européenne le 30 mars 1998, peut être reconnue comme étant la première pierre de l'édifice visant à la promotion des règlements des conflits en dehors des instances judiciaires en Europe. Cette recommandation concerne les principes applicables aux institutions/organes responsables pour le règlement à l'amiable des disputes avec les consommateurs³⁴. Puis, le 4 avril 2001, les principes d'impartialité, de transparence, d'efficacité et d'équité ont été reconnus pour être appliqués par ces institutions extrajudiciaires chargées de la résolution consensuelle des litiges avec les consommateurs³⁵.

Par la suite, diverses actions de promotion de la médiation ont été réalisées par le biais d'adoption de directives dans des secteurs d'activités variés tels que dans le secteur financier (paiements transfrontaliers), du commerce électronique (ventes à distance) et de l'assurance.

Le sentiment général était que la Communauté devait prendre des mesures pour stimuler davantage le recours à la médiation dans l'Union Européenne, cependant les opinions différaient largement sur les mesures exactes devant être prises.

C'est par la diffusion de différents outils tels que l'adoption d'un Livre vert sur la médiation, un Code européen des bonnes pratiques en

33. En ce sens, voir la Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe no. 10/2002, relative à la médiation en matière civile. Cette dernière constitue un instrument essentiel à deux égards. D'une part, elle offre une définition générique de la notion de médiation, et d'autre part propose des principes déterminants de la médiation. Ce document prend la forme d'un modèle général qui peut être adapté à différentes législations nationales et c'est le point fort de cet instrument. Il faut souligner que le document mentionné reprend et développe une série de principes définis par les Recommandations du Conseil de l'Europe n° 1/1998 relative à la médiation familiale et no. 9/1999 relative à la médiation en matière pénale.

34. OJ L 115, 17 Apr. 1998, 31.

35. OJ L 109/56, 19 Apr. 2001.

matière de médiation que ce sentiment général a été pris en compte³⁶. Ces initiatives ont mis l'accent sur la nécessité, dans ce domaine, d'élaborer des principes fondamentaux afin de développer le fonctionnement de procédures extrajudiciaires.

Ainsi, le 22 octobre 2004, la Commission Européenne a présenté une proposition de directive sur certains aspects de la médiation civile et commerciale. Le 28 février 2008, une position commune a été arrêtée par le Conseil en vue de l'adoption de cette directive. C'est finalement le 23 avril 2008 que le Parlement Européen l'a adoptée sous le titre de Directive 2008/52/CE. Elle a été publiée dans le Journal officiel le 24 mai 2008 et est entrée en vigueur vingt jours plus tard³⁷. Elle porte « sur certains aspects de la médiation civile et commerciale ». Le but de celle-ci est d'établir une norme abstraite et générale favorisant le recours à la médiation.

La Directive 2008/52/CE est composée d'un préambule de 30 considérants et d'un dispositif de 14 articles, ce qui constitue un cadre concis visant à établir une législation cadre pour résoudre les litiges transfrontaliers relevant du droit civil et commercial à l'intérieur de l'espace européen³⁸. Cet effort de travail législatif a répondu aux besoins de l'évolution sociale et d'adaptation aux situations nouvelles du monde contemporain. En d'autres termes, il a cristallisé et formalisé ce besoin social d'avoir recours à la médiation régie par un cadre juridique. L'objet du texte précise dans l'article 1(1) de la Directive qu'elle a pour objectif de « faciliter l'accès à des procédures alternatives de résolution des litiges et de favoriser le règlement amiable des litiges en encourageant le recours à la médiation et en garantissant une articulation satisfaisante entre la médiation et les procédures judiciaires ». Le point fort de cette directive demeure dans l'impulsion qu'elle donne quant au recours au processus de médiation. Néanmoins, à la lecture de la Directive, nous pouvons discerner des points de faiblesses qui pourraient amoindrir son application.

36. Le 25 avril 2002, la Commission a présenté le *Livre Vert sur les modes alternatifs de règlement des conflits relevant du droit civil et commercial*. Ce document est considéré comme point de départ pour l'élaboration de la législation des États membres et le justifie. Dans la rédaction du projet, les principes établis par le Code de Conduite Européen pour les Médiateurs, ainsi que de la proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale ont été pris en compte. Voir le *Livre Vert sur les modes alternatifs de règlement des conflits relevant du droit civil*, COM (2002) 196 final, Commission des communautés européennes, Bruxelles, 2002.

37. Art. 13.

38. Cependant, nous noterons que le champ d'application initialement envisagé au sein du *Livre Vert sur les modes alternatifs de règlement des conflits relevant du droit civil* est circonscrit dans la version actuelle de la Directive.

II. Propositions visant à améliorer la Directive 2008/52/CE

Aux fins du présent article, nous dressons un bilan plutôt positif sur la mise en œuvre par les États membres de la Directive 2008/52/CE. Même, si un manque de coordination notable peut être observé³⁹, la transposition au sein des États membres s'est faite majoritairement dans le courant de l'année 2010⁴⁰. En effet, les pays tels que l'Allemagne⁴¹, l'Autriche⁴², la Bulgarie⁴³, l'Espagne⁴⁴, la France⁴⁵, la Grèce⁴⁶, l'Irlande⁴⁷, l'Italie⁴⁸, les Pays-Bas⁴⁹, le Portugal⁵⁰, ont adapté leurs législations nationales afin de permettre la mise en application des dispositions prévues par la Directive. Les États membres ont jusqu'au 21 mai 2011 pour la transposer et mettre en application les mesures qu'elle prévoit.

Dans les cinq ans à venir, de 2011 à 2016, la rédaction de rapports intermédiaires permettant d'analyser l'évolution et l'incidence de la mise

-
39. John M. Bosnak, « The European Mediation Directive: More Questions Than Answers » dans Arnold Ingen-Housz, éd., *ADR in Business, Practice and Issues across Countries and Cultures*, Wolters Kluwer, 2010.
 40. En effet, le 20 août 2010 seulement quatre pays (Estonie, France, Italie et Portugal) sur les 26 États membres ont informé la Commission qu'ils ont mis les règles en place. Voir Rapport du Conseil d'État (30 juillet 2010), « Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne », La Documentation française.
 41. Gesetzentwurf der Bundesregierung - Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, 12. Januar 2011.
 42. Regierungsvorschlag-Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über bestimmte Aspekte der grenzüberschreitenden Mediation in Zivil- und Handelssachen in der Europäischen Union erlassen sowie die Zivilprozessordnung, das IPR-Gesetz und das Suchtmittelgesetz geändert werden, 21. Januar 2011.
 43. *Mediation Act*, Promulgated, State Gazette No. 110/17.12.2004, amended and supplemented, SG No. 86/24.10.2007, Code of Civil Procedure (extrait), ЗАКОН ЗА ИЗМЕНЕНИЕ И ДОПЪЛНЕНИЕ НА ЗАКОНА ЗА МЕДИАЦИЯТА, 24 November 2010.
 44. Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, 19 de Febrero de 2010.
 45. Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile (1), 19 Juin 2008. Projet de loi portant transposition de diverses directives du Parlement européen et du Conseil en matière civile et commerciale, 22 Septembre 2010.
 46. Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, 19 de Febrero de 2010.
 47. Rules of the Superior Courts, Order: 56A, Mediation and Conciliation: S.I. No. 502 of 16 November 2010, Law Reform Commission Report – Alternative Dispute Resolution: Mediation and Conciliation, 16 November 2010 (extract).
 48. Decreto legislativo n.28 del 4 marzo 2010, in: G.U. n.53 del 5.3.2010.
 49. Aanpassing van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering aan de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken, Januari 2011.
 50. Lei 29/2009, de 29 de Junho (Transposição da Directiva de 2008, sobre mediação, para o Direito Nacional Português). Lei n° 1/2010 de 15 de Janeiro. Procede à primeira alteração à Lei n° 29/2009, de 29 de Junho.

en place de la médiation en Europe sera un plus pour apprécier son impact d'autant que l'article 11 de la directive prévoit que le 21 mai 2016 « la Commission doit présenter au Parlement Européen, au Conseil et au Comité économique et social » un rapport global. Celui-ci doit analyser l'application de cette Directive dans l'espace européen et pourra présenter des propositions visant à améliorer son fonctionnement.

Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne en décembre 2009, il serait probablement opportun de renforcer certains effets prévus par la Directive afin de promouvoir le recours à la médiation⁵¹. Ce traité établit notamment le principe d'une coopération accrue au niveau judiciaire en matière civile et pénale, à travers le principe de « reconnaissance mutuelle »⁵². Dans cette perspective, nous invitons le législateur à prendre en considération les propositions suivantes afin de parfaire l'impact et les effets de la médiation à court et long terme au sein des pays membres de l'Union Européenne.

Nous suggérons la révision et la clarification de certains articles clés de la Directive afin de parfaire le recours à un processus de médiation (A). Certaines critiques ont été exprimées quant au recours à la médiation. En effet, si ce processus n'est pas bien utilisé, il peut engendrer une perte de droit pour l'une des parties et donner naissance à un accord favorisant une partie au détriment de l'autre. C'est pour cela que nous encourageons le recours à la pratique du « Collaborative Lawyering » pour compléter le processus de médiation et pour l'optimiser (B).

A. Proposition relative à la clarification et révision de certains articles de la Directive

Le champ d'application du texte de la Directive est limitatif et ne demeure malheureusement circonscrit qu'aux litiges transfrontaliers relevant du droit civil et commercial. L'application aux litiges transfronta-

51. Le traité de Lisbonne est entré en vigueur le 1er décembre 2009. Il modifie en profondeur les règles applicables en matière de justice, de liberté et de sécurité. Cette modification a été faite dans l'optique de permettre à l'Union de mener « une action plus globale, plus légitime, plus efficace, plus transparente et plus démocratique ». Voir le site <http://europa.eu/lisbon_treaty/>.

52. Le principe de « reconnaissance mutuelle » embrasse l'idée selon laquelle chaque système juridique reconnaît comme valables et applicables les décisions adoptées par les systèmes juridiques des autres États membres. Ces nouvelles mesures portent notamment sur : « l'accès effectif à la justice ; la coopération entre les autorités judiciaires des États membres dans le cadre des poursuites pénales et de l'exécution des décisions ; – l'établissement des règles et procédures pour assurer la reconnaissance, dans l'ensemble de l'Union européenne, de toutes les formes de jugement et de décisions judiciaires ».

liers relevant du droit civil et commercial n'était pas partie du projet initial lors de la première version de la Directive. À la lecture de l'article 2(1) de la Directive, « litige transfrontalier » est entendu comme « tout litige dans lequel une des parties au moins est domiciliée ou a sa résidence habituelle dans un État membre autre que l'État membre de toute autre partie ». Cette définition, permet clairement d'exclure le recours aux règles de droit international privé dans la détermination de l'internationalité du litige et d'éviter toutes divergences d'interprétation entre pays membres. Cependant, cette limitation constitue en elle-même, un risque pouvant nuire à la promotion et au développement de la médiation. Nous pouvons craindre l'apparition de deux régimes juridiques distincts applicables au processus de médiation, l'un ayant trait aux litiges internes et l'autre aux litiges transfrontaliers visés par la Directive. Si cette hypothèse est avérée, nous serons alors témoins d'effets discriminatoires liés à la Directive. Le juge national ne pourrait suggérer le recours à la médiation qu'à certaines parties en fonction de leur lieu de résidence et du type de litiges. Cette hypothèse ne sera totalement vérifiée que lorsque les pays auront transposé dans leur système juridique cette Directive⁵³.

En effet, il est important de soulever cette question même si à la lecture du paragraphe 8 du préambule, les États membres sont parfaitement en droit de transposer la Directive sans aucune distinction entre les mécanismes utilisés afin de résoudre les litiges internes et les litiges transfrontaliers visés par la Directive⁵⁴.

La Commission se doit de réfléchir sur le champ d'application du texte de la Directive lors de la rédaction de son rapport global. En effet, la Directive tire sa force de l'article 81 (ex article 65) du traité de Lisbonne de l'UE, ce qui en limite la coopération judiciaire en matière civile dans les domaines ayant des conséquences transfrontalières.

De plus, le domaine d'application de cette Directive permet d'établir une articulation des règles de saisine minimales entre États membres pour les procédures judiciaires et les procédures conventionnelles. Cette articulation minimale permet une claire distinction des deux modes de saisine procédurale qui ne peuvent en aucun cas être confondus. La Directive permet aux juges, à tous les stades de la procédure, de proposer aux parties d'assister à une réunion d'information sur la médiation ou d'inviter directement les parties à recourir à celle-ci. L'accès à la médiation est encadré par une obligation positive de résultat puisque les États

53. À la lecture de l'article 12(1) les pays membres ont jusqu'au 21 mai 2011 pour transposer les mesures prévues et mettre en application cette directive.

54. « Les dispositions de la présente directive ne devraient s'appliquer qu'à la médiation des litiges transfrontaliers, mais rien ne devrait empêcher les États membres de les appliquer également aux processus de médiation internes. »

membres doivent veiller à ce que les règles de prescription n'empêchent pas les parties qui y ont eu recours, de saisir une juridiction ou un arbitre. Cependant, le texte ne prévoit pas si cette disposition doit s'entendre sans préjudice des dispositions internes des États membres relatifs aux délais de prescription. Cette disposition pourrait donc se révéler difficile à mettre en œuvre car le point de départ de la prescription serait celui prévu par le droit applicable au fond du litige ou par celui du juge saisi. La prescription ne courrait pas au jour où le médiateur prend acte de l'échec de la médiation. Il serait donc nécessaire que ce point soit soulevé afin d'être clarifié.

D'autre part, cette Directive permet la mise en œuvre d'instruments promotionnels et de mise en confiance en ce processus, en particulier par le recours au respect du principe de confidentialité qui a pour effet de mettre en confiance les parties quant aux différentes informations qu'elles pourraient être amenées à communiquer. L'application de ce principe fait que les parties sont assurées d'une confidentialité « quasi totale ». La Directive prévoit que ni le médiateur, ni les parties ne pourront divulguer des informations résultant du processus de médiation, notamment dans le cadre d'une procédure judiciaire ultérieure. Nous évoquerons une confidentialité « quasi totale », car la Directive prévoit que ce principe de confidentialité souffre de deux exceptions prévues par l'article 7 : exception d'ordre public ou lorsque la divulgation est nécessaire pour sa mise en œuvre ou son exécution. Il n'existe aucun moyen juridique de garantir que les parties n'utiliseront pas les informations obtenues au cours de la médiation dans leur stratégie de défense s'il y a procès. Cependant, ces informations ne pourront en aucun cas faire l'objet d'une étude devant le juge. La mise en évidence de ce paradoxe lié à la divulgation d'information durant le processus de médiation donne lieu à de nombreuses critiques concernant la persuasion et la faisabilité de ce processus. La prise en compte de ce risque a conduit l'encouragement des États membres à l'élaboration de codes volontaires de bonne conduite ainsi que l'établissement de mécanisme permettant le contrôle de la qualité des prestations de services de médiation. À la lecture de cet encouragement qui semble très prometteur, les questions relatives à l'établissement des critères et des règles de conduites restent cependant sans réponse. Un nouveau marché pour des non spécialistes de la médiation ou du monde juridique est en train de s'ouvrir⁵⁵. Cela pourrait à divers égards être dangereux pour l'avenir et l'avance-

55. Nous noterons cependant qu'il est important de réaliser que le médiateur possède une expertise particulière qui peut aider les parties à solutionner les impasses dans lesquelles elles peuvent être par rapport à leurs litiges. Seule une personne ayant eu une formation peut aider les parties à garder le contrôle du choix de l'orientation qu'elles désirent donner à la façon de résoudre leur conflit, médiation ou procès. Voir

ment de la médiation au sein des différents systèmes juridiques européens. De plus, cela sous-tend un problème éthique grave. Par exemple, le médiateur pourrait perdre sa neutralité ou pousser les parties à signer un accord dans lequel leurs intérêts ne seraient pas servis.

B. Proposition d'adjonction du processus de « Collaborative Lawyering » au processus de médiation

L'article 3 de la Directive définit le terme de médiation dans un sens large, ce qui permet de mettre fin aux discussions de ce qu'est la médiation et d'adopter une définition commune. La médiation y est entendue comme « un processus structuré dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution d'un litige avec l'aide d'un médiateur. Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un État membre ». Il est vrai que cette définition a pour but de permettre aux États membres une adaptation dans leur propre système juridique tout en établissant un point commun quant à l'utilisation du terme de médiation dans les divers contextes où celui-ci est utilisé. Ceci s'inscrit bien dans une idée d'adaptation de ce mécanisme dans les différentes cultures européennes.

Ainsi, la Directive offre une libre appréciation des États membres quant à la promotion et l'autonomie laissées à la médiation dans leurs systèmes juridiques. De plus, la terminologie de cette définition établit l'action volontaire des parties pour avoir recours à ce processus et s'inscrit dans le respect des quatre éléments fondamentaux constituant le concept de justice : équité, justesse, transparence et confidentialité.

Par conséquent, les juridictions nationales sont-elles en mesure de contraindre la médiation ? En effet, la Directive ne prévoit que la médiation volontaire et l'article 5(2) stipule qu'elle « s'applique sans préjudice de toute législation nationale rendant le recours à la médiation obligatoire ou le soumettant à des incitations ou des sanctions ... »⁵⁶.

La Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE), dans sa décision relative aux affaires C-317/08 à C-320/08 du 18 mars 2010 a éclairci ce point⁵⁷. En effet, elle précise qu'une réglementation nationale

particulièrement C. Silver, « Models of Quality for Third Parties in Alternative Dispute Resolution » (1996) 12 Ohio State Journal on Dispute Resolution 37-93.

56. Voir le considérant 14 de la Directive 2008/52/EC.

57. Voir *Rosalba Alassini c. Telecom Italia SpA* (C-317/08); *Filomena Califano c. Wind SpA* (C-318/08); *Lucia Anna Giorgia Iacono c. Telecom Italia SpA* (C-319/08); *Multi-service Srl c. Telecom Italia SpA* (C-320/08). Disponible sur <<http://eur-lex.europa.eu/>>.

rendant le recours à une procédure extrajudiciaire de règlement des litiges (tel que le recours à la médiation) comme condition de recevabilité des recours juridictionnels est valable⁵⁸. Elle considère que cela tend à renforcer l'effet utile de la Directive et permet de rendre un « service universel ». Cependant, la mise en œuvre préalable d'une procédure de conciliation extrajudiciaire n'est possible que si cette dernière n'aboutit pas à une décision contraignante pour les parties, n'entraîne pas de retard substantiel pour l'introduction d'un recours juridictionnel, suspend la prescription des droits concernés et ne génère pas de frais, ou des frais peu importants, pour les parties⁵⁹.

L'intervention d'un tiers est la clé de voûte pour rétablir la communication alors que les compréhensions mutuelles d'une situation avaient dégénéré en conflit. Le médiateur se veut neutre dans son intervention, impartial envers les parties et indépendant envers les tiers tout en restant soumis au respect de confidentialité. Il est le maillon rétablissant la qualité de communication, le lien nécessaire pour que les parties expriment leurs sentiments et leurs besoins afin de favoriser leurs compréhensions mutuelles. Le médiateur reste le garant du processus mais non du résultat. Il entretient un rapport horizontal et transversal avec les parties et non vertical à l'inverse du juge ou de l'arbitre.

Néanmoins, de nombreuses critiques ont été soulevées quant au paradoxe lié au double rôle du médiateur. C'est le vrai point de faiblesse de la médiation actuellement dans son application en Europe puisque le médiateur ne doit et ne peut pas être gardien de la loi. Il gère à la fois le processus de médiation entre les parties et demeure malgré tout à certains égards un gardien de la loi⁶⁰. La convention entre les parties devant être conforme aux règles de droit en vigueur, ce qui sous-entend, que l'accord ne doit pas être contraire à l'ordre public.

La prise en compte de cet élément nous amène à pouvoir suggérer l'adjonction au processus de médiation de la pratique de « Collaborative Lawyering » qui peut être traduit comme « droit collaboratif » ou encore « pratique collaborative »⁶¹. La pratique de droit collaboratif permet l'assistance d'avocats ayant un mandat exclusivement limité aux seules fins de servir les intérêts de chacune des parties lors de l'utilisation du pro-

58. Cf. points 45, 67, disp. 1.

59. Cf. points 54-59, 61-65, 67, disp. 2.

60. C. Honeyman, « Bias and Mediators' Ethics », dans J.W. Breslin et J.Z. Rubin, éd., *Negotiation Theory and Practice*, Cambridge, Program on Negotiation at Harvard Law School, 1991.

61. Voir l'étude empirique réalisée par P. Cecchi Dimeglio et P. Kamminga sur le recours du droit collaboratif au niveau international (ABA, à paraître en 2011).

cessus de médiation. Le droit collaboratif s'inscrit dans les M.C.R.C. et peut compléter le processus de médiation. Il est né aux États-Unis dans les années 1990, et a ensuite gagné le Canada où il est pratiqué depuis le début des années 2000⁶². Récemment, ce mécanisme adjoint ou non au processus de médiation s'est développé en Europe, notamment en Autriche, Allemagne, Royaume-Uni, Irlande, Écosse, Suisse mais reste encore méconnu dans bon nombre de pays européens⁶³.

Dans les principes du droit collaboratif, chaque partie au conflit est accompagnée lors du processus de médiation d'un avocat qui peut fournir des conseils juridiques et compléter ainsi les services offerts par le médiateur. Les avocats sont intégrés aux processus de médiation et aident les parties à conclure un accord mutuellement acceptable mettant un terme à leur(s) différend(s) avec l'aide du médiateur. Les parties et les avocats signent un accord de participation. Lors de cette signature l'avocat collaboratif reçoit de son client un mandat exclusif qui l'astreint à l'assister et à le conseiller, dans le seul objectif de dégager un accord lors du processus de médiation⁶⁴. De même, les parties expriment leur engagement à résoudre toutes les différences et les questions liées à leur situation conflictuelle et à divulguer toutes les informations nécessaires afin de poursuivre ce but.

En cas d'échec du processus, les avocats consultés ne peuvent plus poursuivre leurs interventions et ne peuvent dès lors pas assurer la défense des intérêts de leurs clients dans le contexte d'une procédure contentieuse. Dans cet esprit, la gérance du processus de médiation entre les parties est entre les mains du médiateur qui lui n'est pas gardien de la loi. Ce sont les avocats qui agissent en tant que tels.

De plus, le recours à ce processus de droit collaboratif permet de répondre aux critiques relatives à la confidentialité et aux échanges d'informations durant la médiation ci-dessus mentionnées. En effet, par

62. J. Lande, « The Promise and Perils of Collaborative Law » (2005) 12 *Dispute Resolution Magazine* 29-30.

63. W.H. Schwab, « Collaborative Lawyering: A Closer Look at an Emerging Practice » (2004) 4 *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 351-356. Les avocats collaboratifs sont regroupés au sein d'une Académie internationale de la pratique collaborative (the International Academy of collaborative practice : l'IACP). Cette association est née dans les pays anglo-saxons. Elle est issue d'une initiative privée issues des praticiens de droit collaboratif. Son but est d'uniformiser ce processus et de définir un ensemble de règles de conduite destiné à servir de guide aux praticiens. International Academy of Collaborative Professionals : <<http://www.collaborativepractice.com/>>.

64. J. Lande, « Possibilities for Collaborative Law: Ethics and Practice of Lawyer Disqualification and Process Control in a New Model of Lawyering » (2003) 64 *Ohio State Law Journal* 1315-1384.

l'adjonction du processus de médiation, la pratique de droit collaboratif est la meilleure façon de diminuer ce risque et d'éviter ces dérives. Il permet que les informations obtenues durant la médiation n'aient pas de valeur juridique et empêche les avocats de fournir les informations obtenues lors de la médiation à des confrères susceptibles de reprendre le dossier. Il n'y a alors plus de possibilité d'utiliser les informations obtenues au cours de la médiation. Le système de « Collaborative Lawyering » tire sa force du fait que les avocats des parties si la médiation n'aboutit pas, ne peuvent en aucun cas du fait de leur mandat, transmettre quelques informations que ce soit lors de la succession du dossier à un confrère.

Conclusion

Les situations conflictuelles sont parties intégrantes de nos vies. La question est de savoir comment les gérer et les régler au mieux de façon efficace, durable et équitable pour tous.

La médiation est un mécanisme qui permet de réconcilier les différences d'intérêt afin d'offrir une solution trouvée en commun pour un problème entre deux ou plusieurs parties, une viabilité à court, moyen et long terme. Elle permet aussi d'offrir une optimisation structurelle, processuelle et relationnelle à la situation de conflit tout en permettant aux parties d'agir volontairement en contrôlant processus et solution.

L'adjonction du processus de « Collaborative Lawyering » à celui de la médiation permet d'assurer intégralement le respect d'une solution juste, équitable, choisie et validée par les parties. Chacun optimise sa situation dans le respect de la théorie élaborée par John Forbes Nash, prix Nobel d'économie en 1994 et basée sur le concept selon lequel *l'intérêt individuel ne peut être optimisé qu'en prenant en compte l'intérêt du groupe*⁶⁵. Ce faisant, le risque de ne pas trouver un accord n'existe pratiquement plus, le médiateur facilite les discussions, l'avocat conseille et les parties décident. L'adjonction au processus de médiation de la pratique de droit collaboratif demeure également pertinente dans le cadre de la prise en compte des caractéristiques de la médiation préalablement identifiée.

L'essor de la médiation à travers le monde et particulièrement en Europe, n'est pas un effet du hasard. En Europe, cet outil a été promu depuis plus de dix ans tant par les instances politiques que les instances

65. J. Nash, « Equilibrium Points in n-Person Games » (1950) 36(1) Proceedings of the National Academy of Sciences 48-49.

institutionnelles. Le fruit de cette collaboration entre ces différents acteurs a donné lieu à la naissance de la Directive 2008/52/CE portant sur certains aspects de la médiation civile et commerciale. Cet outil demeure à bien des égards un support pour la promotion et l'utilisation de la médiation qui nécessite cependant, de prendre en compte ses points de faiblesses. Pour cela, il est indispensable de les identifier et de savoir les compléter par d'autres mécanismes comme le « Collaborative Lawyering ».

La force de la médiation réside donc dans sa capacité à s'adapter à différentes situations conflictuelles. Cet outil propose un cadre juridique dont les parties définissent les limites et travaillent en commun pour trouver une solution consensuelle et acceptable par tous. C'est un mécanisme singulier et unique respectant le concept de justice. Les enjeux de son évolution sont d'une telle importance qu'il est nécessaire de bien faire reconnaître ses bienfaits en particulier en facilitant le retour à « l'humanisation » de la justice dans la gestion des conflits. Gageons que l'Union Européenne pérennise son action en ce sens dans les années à venir.

SETTLEMENT AND MEDIATION IN CANADIAN LEGAL TELEVISION

*Jennifer L. Schulz**

Abstract	79
1. Introduction and Context	81
2. Literature Review and Methodology.	84
3. <i>The Associates'</i> Attitudes toward Settlement and Mediation	87
4. Mediation in <i>The Associates</i>	93
5. Conclusion	100

* Associate Dean (Research & Graduate Studies), Robson Hall Faculty of Law, University of Manitoba, Canada.